Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XXI.

Grundzüge *) der Hauptregeln, welche der Richter bei der Ertheilung eines Enderkenntniſſes nach geführten Beweiſen zu berückſichtigen hat.

Von Gensler.

§. 1.

Hauptbeweis ohne Gegenbeweis **).

Die in dem Endurtheil auszuſprechende juriſtiſche Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthems iſt zwar durch geſetzliche Formen bedingt, hat z. B. nur die factiſchen Beweisgründe zur Quelle, welche die Parteien durch ihre Thätigkeit hervorgebracht haben [1]), auch iſt der Richter an poſitive Geſetzregeln gebunden, welchen Einfluß ein Beweismittel auf ſeine Ueberzeugung haben darf, z. B. daß bei dem Zeugenbeweis erſt die harmoniſche Ausſage zweier, tadelfreier, vereideter, Zeugen ihn voll überzeugen ſoll [2]); allein die Abwägung, „wie weit er juriſtiſch überzeugt worden ſey,“ bleibt doch immer zugleich ein Geſchäft ſeiner mit Rechtskenntniß inſtruir-

*) Ein tiefes Eindringen in einzelne theoretiſche Subtilitäten und Streitfragen wird hier nicht bezweckt — abwärts, nicht aufwärts, zu ſprechen, iſt mein Ziel.

**) Martin, Lehrb. des bürg. Proc. §. 179.

1) Auch hier darf der Richter ein factum nicht ſuppliren.

2) Solcher Regeln ſind die Geſchwornen enthoben.

ten Seelenthätigkeit. Mathematisch läßt sich nicht bestimmen, wann der Richter ganz, halb, mehr oder weniger als halb, überzeugt sey, sondern die positiven Gesetze geben ihm nur generelle Ueberzeugungsregeln, zunächst bestimmt durch den gesetzlich bestimmten Werth der Beweismittel. Vielfach und zufällig bleibt dabei immer das nächste Resultat der Beweismittel in jedem einzelnen Rechtsstreit, d. h. die Beschaffenheit der factischen Beweisgründe in concreto, und vielfach ist die aus ihnen hervorgehende Collision der juristischen Beweisgründe [3]). Die Aussage zweier voll-classischen Zeugen kann schwankend, der Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde unvollkommen seyn, und ein Beweisgrund kann dem andern widersprechen. Der Proceß muß jedoch ein Ende nehmen, und das Endurtheil muß den Beklagten entweder verurtheilen, oder lossprechen, beides entweder unbedingt, oder, im Nothfall, bedingt mit einem gesetzlichen Eid. Das Erkenntniß auf einen solchen Eid setzt nun ein Schwanken der richterlichen Ueberzeugung zwischen Wahrheit und Nichtwahrheit des Beweisthems voraus [4]). In diesem Gebiet spricht man, der Kürze wegen, von einem halben, mehr oder weniger als halben, Beweis, d. h. von einer mehr oder weniger unvollkommenen Ueberzeugung des Richters.

Allgemeine Regeln, die richterliche Ueberzeugung zu finden, sind folgende:

Zuvörderst muß der Richter bei sich erwägen und feststellen,

a) den Werth der Beweismittel, d. h. ob der Zeuge classisch, oder verdächtig sey, und in welchem Grad, ob die Urkunde volle Beweiskraft habe u. s. w.; dann

---

3) S. dies. Archiv, B. 1. Abh. 3. p. 30. lit. β.

4) Archiv, a. a. O. pag. 51. lit. a.

b) die Beſchaffenheit und den Werth der factiſchen Beweisgründe.

Den Werth der Beweismittel muß er nach den geſetzlichen Regeln abmeſſen, und den Werth der Beweisgründe nach ihrer Harmonie mit dem Beweisthem in dem vorliegenden Fall. Wenn nun, nach dem auf dieſem Weg gefundenen Reſultat der richterlichn Reflexion,

I. der Richter in dem Hauptbeweis gar nichts bewieſen findet, d. h. er findet entweder a) durchaus keinen Werth der Beweismittel, die Zeugen ſind geſetzlich glaublos, die Urkunden ohne Beweiskraft u. ſ. w., oder b) er findet zwiſchen den factiſchen Beweisgründen und dem Beweisthem gar keine Harmonie [5]), oder c) beides, und es war der Hauptbeweisführer

1) der Kläger, ſo wird der Beklagte unbedingt entbunden,

2) der Beklagte, ſo wird dieſer unbedingt verurtheilt. Findet der Richter

II. den Hauptbeweis vollſtändig geführt, d. h. a) der Werth und resp. die Zahl der Beweismittel iſt geſetzlich vollkommen, dabei ſind auch b) die factiſchen Beweisgründe identiſch mit dem Beweisthem, und

1) der Hauptbeweis wurde vom Kläger geführt, ſo wird der Beklagte unbedingt verurtheilt,

2) von dem Beklagten, ſo iſt deſſen unbedingte Entbindung der Folge.

III. Liegt ein Hauptbeweis unvollkommen vor, ſey es wegen nicht vollen Werths der Beweismittel, oder wegen Unvollſtändigkeit der factiſchen Beweisgründe, und

1) es war ein peremtoriſcher Beweistermin noch nicht vorgeſchrieben, ſo erkennt der Richter auf beſſern Beweis, mit Beſtimmung einer peremtoriſchen Be-

---

5) Von dem Daſeyn und der Colliſion eines eigentlichen, ſogenannten directen, Gegenbeweiſes, ſ. §. 2.

weisfrist; nicht aber darf er auf einen gesetzlichen Eid erkennen [6]). War hingegen

2) ein peremtorischer Beweistermin bereits vorgezeichnet, und dieser ist abgelaufen, so daß das Gesetz eine weitere Beweisführung untersagt, so tritt nunmehr (den unvollkommenen Beweis vorausgesetzt) das richterliche Nothrecht ein, auf einen gesetzlichen Eid richteramtlich zu erkennen [7]).

Ist nun der unvollkommene Beweis

a) mehr als halb, d. h. der Richter findet sich mehr zum Erachten der Wahrheit, als der Unwahrheit, des Beweisthems hingezogen, so wird dem Beweisführer das juramentum suppletorium zuerkannt —

b) ist der Beweis weniger als halb, d. h. der Richter fühlt mehr Unwahrheit als Wahrheit, so wird dem Producten das purgatorium aufgelegt —

c) findet sich der Richter eben so stark von der Wahrheit als von der Unwahrheit des Beweisthems überzeugt, d. h. ist er so weit überzeugt, daß er die Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache (nach dem Werth der Beweismittel und Beweisgründe) den juristischen Ueberzeugungs-Regeln gemäß eben so gut glauben darf, als nicht glauben (halber Beweis), so wird resp. das suppletorium, resp. das purgatorium erkannt.

In Bezug auf dieses Schwanken der Wage geben die Gesetze folgende allgemeine Regeln:

a) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden (sey dieser suppletorium oder purgatorium), welcher de *veritate* schwören kann, während sein Gegner nur dessen Wissen und Glauben zu beschwören vermöchte, m. a. W.

---

6) Dieses Archiv, B. 1. pag. 52. Note *.

7) D. Archiv, a. a. O. pag. cit. 52.

die bessere Sachkenntniß des Schwörenden soll diesem den Vorzug geben —

β) demjenigen Theil ist von dem Richter der gesetzliche Eid aufzulegen, welchem er eine höhere religiöse Moralität und eine stärkere Achtung für den Eid im Verhältniß zur Sache zutrauen darf. Aus diesem Grund wird, weil talmudische Lehren dem Israeliten das Schwören gegen einen Christen erleichtern sollen, im Zweifel dem letztern der richterliche Eid zuerkannt [8]). Ferner ist

γ) dieser Eid derjenigen Partei zuzuerkennen, welche ein in den Gesetzen begünstigtes Object sicher stellen, aufrecht erhalten will, z. B. dos, libertas, testamentum [9] Wäre

δ) der Fiscus Partei, so würde eher dessen Gegner, als dem Fiscus (dessen Repräsentanten), das suppletorium oder purgatorium zu zuerkennen seyn [10]). Sollte

ε) kein streitender Theil einen jener Begünstigungsgründe für sich haben, oder jeder Theil einen solchen, so daß eine Collision auch in so fern entstände, so muß endlich die Regel entscheiden: *in dubio pro reo* [11]). Nach diesem Begriff eines *reus* darf dem Kläger eben so gut ein *purgatorium* (z. B. in Rücksicht auf die zerstörende Einrede) zuerkannt werden, als dem Beklagten — so wie diesem in Rücksicht auf dessen Einreden und Dupliken ein suppletorium aufgelegt werden kann.

Uebrigens bleibt bei allen diesen Regeln dennoch manche Collision denkbar, wo nur das richterliche, scharf erwägende,

---

8) Martin, a. a. O. §. 179. litt. Note g.

9) L. 85. D. 50. 17.

10) Weil der Fiscus adquirendo nicht zu begünstigen ist. L. 10. Dig. 49. 14.

11) D. h. des Theils, welcher die von seinem Gegner zu beweisende Behauptung verneinte — der Product — sey dieses der Beklagte oder der Kläger. L. 125. D. 50. 17. L. 47. D. 44. 7. X. 2. 19.

arbitrium den Ausſchlag in dem vorliegenden einzelnen Rechtsfall zu geben vermag.

In das Gebiet nr. III. gehören noch die Bemerkungen:

A) Die einen geſetzlichen Eid abſchwörende Partei iſt Zeuge in eigener Sache [12]); und ſo wie nun der Zeuge nicht urtheilen darf [13]), ſo kann auch die Partei das urtheilende Erachten der Sachverſtändigen durch einen Eid weder ergänzen, noch auflöſen. Denkbar iſt jedoch auch hier ein Suppletorium oder Purgatorium, inſofern nämlich ein hiſtoriſches Faktum von den Sachverſtändigen gefunden werden ſollte, oder ihrem Erachten zum Grund gelegt wird [14]).

B) Das Juramentum *quantitatis* iſt ein Suppletorium, ſtattfindend in dem Fall, wann der Beweisführer ſeines Gegners Verbindlichkeit an ſich, nebſt ihrem ſpeciellen Klaggrund, bewieſen hat, nicht aber die Größe der Forderung, z. B. »daß er als negotiorum gestor einen Verlag für den dom. negotii beſtritte, nicht aber, wieviel dieſer Verlag betrage.« Die Geſetze [15]) geſtatten dieſes Suppletorium ohne ausdrückliche Bedingung, »daß auch die ungewiß gebliebene Größe einigermaßen beſcheiniget ſey«; ſetzen aber gewiß voraus, daß der Beweisführer auch zum Beweis der quantitas proceſſualiſch thätig wurde, und daß aus dem vollkommenen Beweis: *debet* reus, und *quale* debeat, zugleich auch eine Wahrſcheinlichkeit hervorgehe, *quantum* debeat, wenn gleich dieſe Wahrſcheinlichkeit an ſich nach den allgemeinen Beweisregeln einen halben directen Beweis nicht für ſich hat.

C) Erkennt der Richter auf einen geſetzlichen Eid, ſo ſteht ſolcher in dem Definitiverkenntniß als Bedingung

---

12) Dieſ. Archiv, B. 1. pag. 31.
13) Archiv. l. c. pag. 40. Note *.
14) Archiv, a. a. O. pag. 52. Note **.
15) Martin, a. a. O. §. 179. Note c. ibi leg.

der Verurtheilung oder Entbindung voran. Z. B. Würde Kläger annoch zur Erfüllung schwören, daß u. s. w., so ist der Beklagte schuldig u. s. w. — oder: Würde Beklagter dahin sich eidlich reinigen, daß u. s. w., so ist er von der Klage zu entbinden [16]).

D) Ist das auf einen gesetzlichen Eid erkennende Urtheil rechtskäftig geworden, so wird ein Schwörungstermin anberaumt. Wird nun

1) jener Eid abgeschworen, so ist die Bedingung lit. C. erfüllt; der letztere Theil des Erkenntnisses: so u. s. w., stehet nun *pure* da. Wird hingegen

2) das Suppletorium versäumt, oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer gar nichts bewiesen. Wird

3) das Purgatorium versäumt oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer vollkommen bewiesen.

Eine Gewissensvertretung findet gegen einen gesetzlichen Eid deshalb nicht statt, weil sie einen Nachgebrauch solcher Beweismittel in sich schließen würde, von welchen man im Laufe des peremtorischen Beweistermins Gebrauch machen können. Wegen neuentdeckter Beweismittel hat das Gesetz besondere Vorsehung gethan [17]).

Noch weniger ist die zu dem gesetzlichen Eid verurtheilte Partei befugt, denselben dem Gegner zuzuschieben; wiewohl, geschähe dieses Vertrags- oder Vergleichsweise, der Richter diesen Willen der Parteien nicht hindern könnte.

---

16) Vergl. meine Rechtsfälle, nr. 116. 119. 125. 136.

17) Vergl. d. Archiv, B. 4. Abh. 12. §. 2. nr. 2. pag. 119.

§. 2.

Collision zweier Beweise.

1) Eines Hauptbeweises und eigentlichen, sogenannten directen, Gegenbeweises.

Im Fall wider den Hauptbeweis in den nämlichen Acten ein Gegenbeweis unternommen wurde, so entstehet eine Collision dieser beiden Beweise. In diesem Fall stehet entweder

1) ein eigentlicher, directer, Gegenbeweis dem Hauptbeweis gegenüber, oder

2) ein indirecter Gegenbeweis, metaphysisch ein Hauptbeweis [18]).

Da der directe Gegenbeweis das nämliche Factum des Hauptbeweises zur Grundlage hat [19]), so folgt, daß bei der richterlichen Prüfung: „ob bewiesen sey, oder nicht", beide Beweise zusammen betrachtet — d. h. zugleich vor die richterliche Prüfung und Reflexion gezogen werden müssen. Hier kann sich nun finden, daß die Beweismittel und die Beweisgründe beider Beweise sich einander widersprechen, und also eine Collision im speciellen Sinn sich zeigt. Z. B. die Zeugen des Hauptbeweises sprechen für den Producenten, die Zeugen des directen Gegenbeweises aber gegen denselben, zum Vortheil des Producten (ihres Producenten).

Sind nun die Beweismittel, welche die Collision veranlassen,

I. zu der nämlichen Art gehörig, z. B. Zeugen gegen Zeugen, Urkunden gegen Urkunden, so muß der Richter

1) den individuellen Werth der einzelnen Beweismittel prüfen, d. h. ob z. B. der eine Zeuge mehr Glauben

---

18) Die Haupt- und Gegenbeweise, resp. als zusammen gehörig, resp. in ihrer Stufenfolge, d. h. in ihrem eventuellen Verhältniß, habe ich zergliedert in meiner Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Heidelberg, 1820. §. 19. S. 62. bis 70.

19) S. m. Anleit. Note 18. pag. 62. u. 63.

verdiene, als der andere, ob die eine Urkunde eine stärkere Beweiskraft habe, als die andere *); und dann

2) ob ihr Resultat, factischer Beweisgrund, von gleicher, oder von verschiedener Stärke sey, m. a. W. ob die Beweisgründe beider Beweise von gleichem, oder von verschiedenem Werth in Rücksicht auf Harmonie mit dem Beweisthem sind [20]).

Im Fall nun die beiderseitigen Beweismittel und Beweisgründe

a) an Stärke sich gleich stehen, (z. B. auf beiden Seiten zwei vollgültige Zeugen, deren Aussagen beiderseits das Beweisthem so umfaßt, daß die Zeugen des einen Beweises es als wahr, die Zeugen des andern Beweises aber es als nicht wahr unter den Bedingungen gleicher Glaubwürdigkeit bekunden), so setzt sich der directe Gegenbeweis mit dem Hauptbeweis in das Gleichgewicht, und der Hauptbeweisführer hat gar nichts bewiesen. Wenn jedoch dem Hauptbeweisführer noch eine nicht unbedeutende *praesumtio hominis* zur Seite tritt, oder eine *favor juris*, so kann sich ein gesetzlicher Eid, besonders ein purgatorium des reus [21]) begründen. Sind aber die Beweismittel

b) an Stärke ungleich, (z. B. der Hauptbeweisführer hat zwei tadellose, der Gegenbeweisführer aber zwei verdächtige Zeugen), so ist zwar der ersten Werth größer, allein der letzteren Resultat schwächt doch die Beweisgründe der ersten Beweismittel, und so sinkt jener, für sich allein betrachtet vollkommene, Beweis durch den Gegenbeweis zu einem unvollkommenen Beweis

*) Nach den Prinbipien von der Glaubwürdigkeit.

20) Auch Vermuthungen, selbst Rechtsvermuthungen, können in Collision treten. Hier aber liegt es außer dem Zweck, dieses näher zu entwickeln.

21) in dem oben §. 1. Note 11. angegebenen Sinn. S. Thibaut, Syst. des Pand. R. §. 1185. Danz, in den Grundf. des ordentl. Proc. §. 259.

herab, und ein gesetzlicher Eid muß nunmehr erkannt werden [22]). Wären

c) die beiderseitigen Beweis mittel von gleichem Werth, (z. B. die Zeugen jedes Theils sind an Zahl gleich, auch an Glaubwürdigkeit an sich beiderseits tadellos, oder doch des nämlichen Grades, allein ein Unterschied liegt in dem Umfang oder in dem Grund (ratio) ihrer Kenntniß [23]), so tritt das unter b) erwähnte Resultat hervor — doch findet hier die richterliche Reflexion und Prüfung vorzüglich ein sehr unbestimmtes, und positiv unbestimmbares Feld, in welchem die höchste Vorsicht und die schärfste Erwägung und Abwägung in dem entscheidenden Richter lebendig werden muß [24]).

Sind die gegenseitigen Beweismittel

II. zu verschiedenen Classen gehörig, (z. B. den Zeugen stehen Urkunden gegenüber, den Kunstverständigen widersprechen Zeugen u. s. w.,) so treten folgende Hauptprincipien ein:

1) die evidentia facti überwindet alle übrigen Beweismittel [25]).

---

22) Thibaut und Danz, a. a. O.

23) Auf der *ratio scientiae* des Zeugen, auf dem Umfang und den Umgebungen seiner Perceptions-Fähigkeit und Gelegenheit, beruhet hier sehr viel. Die reine, vollständige und aufmerksame, eigene Perception eines an sich verdächtigen Zeugen kann oft mehr Werth in concreto haben, als die unterbrochene, gelegenheitliche u. dgl. Perception eines hinsichtlich seiner Person, als Person, ganz tadelfreien Zeugen.

24) Von unendlicher Mannichfaltigkeit sind hier die Variationen in den einzelnen Rechtsstreitigkeiten. Doch ist es wohl besser, allgemeine positive Regeln zu haben, als alles dem Gefühl und der Willkühr zu überlassen. Jene Regeln sind doch die einzig möglichen Sicherungsmittel gegen Leidenschaft und Leichtsinn der Richter — dem ernsten und gerechten Richter aber werden sie das Mittel zur Gewissensruhe.

25) Archiv f. d. civil. Prax. B. 1. pag. 30—37.

2) auch der abgeleiſtete Schiedseid überwindet die Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vermöge ſeiner Folgen eines Vergleichs [26]).

3) die Zeugen gehen den Kunſtverſtändigen inſofern vor, als letzte, ohne geleiſteten Zeugeneid, auch hiſtoriſche Thatſachen ausgeſagt haben; dahingegen die Sachverſtändigen den Zeugen vorzuziehen ſind, inſofern letzte geurtheilt haben [27]).

4) Urkunden und Zeugen haben im allgemeinen gleiche Ueberzeugungskraft [28]). In der Colliſion der Zeugen mit Urkunden iſt alſo der individuelle Werth der Zeugen und der Urkunden zu prüfen, und hiernach das Reſultat abzumeſſen, wohin die richterliche Ueberzeugung ſich neigen könne [29]).

Noch enthalten die Geſetze folgende ſpecielle Principien:

a) bei dem Beweis öffentlicher Abgaben ſollen die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen [30]).

b) im Fall die Inſtrumentszeugen eines docu-

---

26) Archiv, a. a. O. pag. 156. lit. C.

27) Vermöge des Zwecks dieſer Beweismittel. Archiv, a. a. O. pag. 39. f.

28) L. 15. Cod. 4. 21. L. 14. C. 8. 38. Die entgegenſtehen ſollende L. 1. Cod. 4. 20. iſt auf die ausgenommenen Fälle zu beſchränken, in welchen die Geſetze zum Beweis ausſchließlich ſchriftliche Urkunden fordern, L. 25. §. 4. D. 22. 3. L. 3. C. 2. 43., oder auf ein von dem Producenten ſelbſt ausgeſtelltes, ſein eigenes Bekenntniß enthaltendes Document.

29) Urkunden ſind todte Zeugen. Archiv, a. a. O. pag. 55. f Ausſage des Zeugen, und Inhalt der Urkunde, iſt als Beweisgrund factiſch ſich gleich. So wie es tadelloſe und ſuspecte Zeugen giebt, ſo giebt es tadelfreie und verdächtige Urkunden, d. h. deren Inhalt nicht voll beweiſet. So wie die Ausſage des unverdächtigſten Zeugen ſchwankend u. dgl. ſeyn kann, ſo der Inhalt jedrr Urkunde, ſelbſt der öffentlichen. Auch Urkunden können geſetzliche Eide begründen.

30) L. 10. Dig 22. 3.

menti quasi publici eidlich bekunden, „das Geſchäft ſey anders abgeſchloſſen worden, als in der Urkunde ſtehet,“ ſo ſinkt hierdurch die Beweiskraft jenes Documents, oder ſchwindet gänzlich [31]).

c) Auch öffentliche Urkunden, namentlich gerichtliche Protocolle, können durch ſolche Zeugen entkräftet werden, welche der in dem documento publico beurkundeten Handlung perſönlich zugegen geweſen ſind. Es beruht nämlich die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden nur auf einer einfachen Rechtsvermuthung ihrer Legalität, und jede ſolche praesumtio juris gilt nur ſo lange für juriſtiſche Wahrheit, als dieſe durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöst wird [32]). Davon ausgegangen bedarf es auch nicht des Unterſchiedes: α) „wenn nur ein *omissum* in der Urkunde behauptet werde, ſo könnten zwei vollgültige Zeugen die Beweiskraft der Urkunde aufheben; wenn hingegen β) eine wahrheitswidrige Niederſchrift behauptet würde, ſo bedürfe es mehr als zwei Zeugen, um die öffentliche Urkunde und ihren Inhalt (als factiſchen Beweisgrund) zu entkräften.“ Denn auch im letzten Fall einer vom Producten behaupteten Wahrheitswidrigkeit (falsitas, wenngleich nur aus Irrthum des Verfaſſers), tritt die Ausſage zweier vollgültigen Zeugen mit dem Glauben der öffentlichen Urkunde in das Gleichgewicht, und es wird hierdurch jede praesumtio juris aufgelöst [33]). Dieſe gilt nicht mehr, als zwei vollglaubwürdige Zeugen. Endlich iſt auch

---

31) Es wird vorausgeſetzt, der Product erkennt die Urkunde für ächt nicht an. Vergl. Archiv f. d. civ. Pr. B. 2. S. 318. f.

32) Archiv, a. a. O. S. 320.

33) Vergl. Lotz, in den civil. Abhandl. nr. II. p. 62 f. mit Glück, Hommel und Pufendorf, cit. bei Martin, a. a. O. §. 180. Note z.

d) nicht gestattet, den Schiedseid gegen den Inhalt einer Urkunde direct anzutragen; indem die Urkunde dem Producenten sogleich wieder zur Gewissensvertretung dient [34]). Anders aber, wann der Product ein *omissum* behauptet (z. B. eine verabredete Bedingung sey nicht mit niedergeschrieben worden), oder irgend eine, auf besondere Thatsachen gegründete, Einrede gegen die Richtigkeit des Documents (z. B. erroris, falsitatis u. dgl.) von ihm aufgestellt, und über diese speciellen Thatsachen dem Producenten der Urkunde der Eid angetragen wird. Hiergegen kann ja die Urkunde zur Gewissensvertretung nicht dienen — die Nichtwahrheit jener selbstständigen Behauptung des Producten kann sich aus der Urkunde nicht ergeben.

§. 3.

2) Zweier Hauptbeweise — m. a. W. eines Hauptbeweises mit einem sogenannten indirecten Gegenbeweis [35]).

Der indirecte Gegenbeweis ist ein selbstständiger Hauptbeweis im metaphysischen Sinne [36]). Er ist daher besonders zu prüfen, und es treten bei dieser Prüfung ganz die nämlichen Principien ein, welche §. 1. von der Prüfung eines Hauptbeweises gegeben sind. Möglich ist es,

---

34) Thibaut, a. a. O. §. 1179.

35) 1) Beweis a) über der Wahrheit des factischen Klaggrundes, b) mit dem Beweis über die factischen zerstörenden Einreden; 2) des Beweises a) über letztere b) mit dem Beweis der speciellen Repliken; 3) des Beweises a) dieser Repliken b) mit dem Beweis der eigentlichen Dupliken — immer in dem eventuellen Verhältniß zu einander.

36) Der Beweisführer will durch ihn selbst behauptete Thatsachen juristisch wahr machen. S. m. Anleitung zur juristischen Praxis §. 19. 66. nr. I. 1. pag. 67. nr. 3. pag. 68. nr. II. 2. pag. 69. nr. 4.

daß auch ihm ein directer Gegenbeweis gegenüberstehe, (z. B. der Kläger hat das Nichtwahr der peremtorischen Einreden zu beweisen gesucht) — in welchem Fall dann dieser, dem indirecten Gegenbeweis (als Hauptbeweis) gegenüberstehende, directe Gegenbeweis mit jenem Hauptbeweis des Gegners zugleich zu prüfen ist, nach den Regeln des §. 2. Die Prüfung des indirecten Gegenbeweises fällt aber gänzlich hinweg, wann der Reihefolge-Hauptbeweis ohne alles Resultat ausgefallen seyn sollte [37]).

Findet nun der Richter den indirecten Gegenbeweis

I. vollständig geführt, und durch dessen directen Gegenbeweis nicht geschwächt, so ist der Hauptbeweis dadurch

---

37) Hat der Kläger den factischen Grund seiner Klage gar nicht bewiesen, nicht einmal bis zum Reinigungseid des Beklagten, so spricht das Gesetz: *actore* non probante *reus* absolvitur. L. 4. Cod. 2. 1. Der reus bedarf also in diesem Fall gar keiner zerstörenden Einreden hinter der Litiscontestation, L. 9. Cod. 8. 36., und schützte er deren vor, so ist doch auf ihren Beweis gar keine Rücksicht zu nehmen. Ist er nicht geführt, so ist der Beklagte dennoch zu absolviren; wäre er geführt, so ist des Beklagten Entbindung doch nicht deshalb auszusprechen, „weil er jene seine Einreden bewiesen habe," sondern auch hier: weil Kläger nicht bewiesen habe. So rückt es nun im eventuellen Verhältniß fort. Beweiset der Beklagte seine peremtorischen Einreden nicht einmal bis zum Reinigungseid des Klägers, so bleiben dessen speciellen Repliken ganz außer Betracht — ist des Klägers Beweis dieser Repliken ganz gehaltlos, so sind des Beklagten specielle Dupliken so gut, als in den Acten nicht vorhanden. Nur muß man hier den indirecten Gegenbeweis scharf scheiden von dem directen, besonders wenn sogenannte Einreden doch nur den Zweck eines directen Gegenbeweises haben. Archiv, a. a. O. B. 1. pag. 276. f. Denn der Inhalt des directen Gegenbeweises kann dem Hauptbeweis zuwachsen §. 4. nr. 3. b. Daher auch Vorsicht bei dem Actenlesen. S. m. Grundsätze der juriſt. Vortr. u. Entſch. Kunde. S. 265. Note o., u. m. Anleit. zur juriſt. Praxis. §. 19. S. 63. Note 19.

entkräftet, zerstört, d. h. unwirksam gemacht, gesetzt auch, dieser wäre an sich vollkommen erbracht. Wäre also der Hauptbeweis (im processualischen Sinn) auch nur unvollkommen geführt, so ist dennoch auf einen gesetzlichen Eid nicht zu erkennen, indem selbst das Suppletorium eine vergebliche Handlung deshalb seyn würde, weil auch jener ergänzte Hauptbeweis gegen den vollkommenen indirecten Gegenbeweis nichts wirken könnte. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, im Fall die dem indirecten Gegenbeweis zum Grunde liegende Thatsachen auch eine Klage des Reproducenten begründen (z. B. exoep. compensationis); indem dann anzunehmen ist, der Beklagte wolle auf die eventuelle Natur seiner Einrede nicht verzichten, und das in ihr liegende Klagrecht nicht eher aufopfern, als bis der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen hat. Es ist also in diesem Ausnahmefall in Rücksicht auf den processualischen Hauptbeweis einer der gesetzlichen Eide von dem Richter zu erkennen.

Findet der prüfende Richter

II. sowohl den Hauptbeweis, als den indirecten Gegenbeweis, unvollkommen, und

1) erster ist mehr als halb, der indirecte Gegenbeweis aber weniger als halb geführt, so muß dem Hauptbeweisführer (im processs. Sinn) nicht nur

a) der Erfüllungseid (als Producenten), sondern auch

b) der Reinigungseid (als Reproducten), aufgelegt werden [38]). Ist hingegen

2) der Hauptbeweis weniger als halb, der indirecte Gegenbeweis hingegen mehr als halb geführt, so scheint es unnöthig, dem Gegner des Hauptbeweisführers (dem Producten und Reproducenten) einen doppelten Eid aufzulegen, nämlich

38) S. meine Rechtsfälle nr. 112. pag. 353.

a) als Producten den Reinigungseid, und

b) als Reproducenten den Erfüllungseid.

Denn ſchwört er

ad a) den Reinigungseid, ſo tritt die Regel ein: actore non probante reus absolvitur [39]) — leiſtet er aber

ad b) den Erfüllungseid, und ergänzt folglich hierdurch ſeinen indirecten Gegenbeweis, ſo tritt das unter 1) erwähnte Verhältniß ein — der nunmehr vollkommene indirecte Gegenbeweis macht den vorgängigen Hauptbeweis unwirkſam, ſey nun dieſer vollkommen oder unvollkommen. Allein da der Richter

α) zum Voraus nicht berechnen kann, ob der Product ad a) jenen Reinigungseid ſchwören wolle und werde, und weil

β) durch die Verweigerung, oder durch das Verſäumniß, dieſes Reinigungseides das Reſultat des indirecten Gegenbeweiſes nicht verloren geht, ſo muß der Richter *in eventum* auch auf den sub b) gedachten Erfüllungseid miterkennen — am zwecklichſten alternativ [40]).

Im Fall weiter, nach des Richters Erachten,

3) beide Beweiſe ſo weit geführt ſind, daß in jedem der Erfüllungseid zu erkennen iſt, ſo werden beide Ergänzungseide auf einmal, in dem nämlichen Erkenntniß, jedoch ſucceſſiv erkannt — und zwar

a) das Suppletorium dem Producenten, und — falls dieſer ſchwören wird —

b) auch das Suppletorium dem Reproducenten [41]).

Sind aber, des prüfenden Richters Befund zur Folge,

4) beide Beweiſe nur bis zum Reinigungseid geführt, ſo wird ſolcher

---

39) S. die Note 37.

40) S. meine Rechtsfälle nr. 116. pag. 372.

41) S. meine Rechtsfälle nr. 19. pag. 376.

a) dem Producten in Rücksicht auf den Hauptbeweis zuerkannt, und

b) dem Reproducten in Rücksicht auf den indirecten Gegenbeweis [42]). In diesem Fall muß der Reproduct (z. B. der Kläger) den ihm ad b) zuerkannten Reinigungseid (z. B. in Bezug auf die peremtorischen Einreden) selbst dann ableisten, wann auch der Product (z. B. der Beklagte) den ad a) (in Rücksicht auf den Klaggrund) ihm aufgelegten Reinigungseid verweigern oder versäumen sollte. Denn wird auch der Hauptbeweis durch jenes Nichtschwören des dem Producten (dem Beklagten) zuerkannten Reinigungseides nunmehr für voll geführt geachtet, so ist doch hiermit das Resultat des indirecten Gegenbeweises noch nicht aufgehoben. Dieses Resultat muß erst durch den Reinigungseid des Reproducten (des Klägers) vernichtet werden, damit der Wirkung seines Hauptbeweises kein Hinderniß entgegen stehe. Wenn hingegen der Product den Reinigungseid sub a) wirklich ableistet, so wird derjenige sub b) ganz unnöthig; denn auch hier tritt die Regel ein: *actore non probante* reus absolvitur.

Sollten ferner, nach des Richters Befinden,

5) beide Beweise gerade halb geführt seyn, so fällt das Erkenntniß immer unter einen der Fälle sub II. 1. 2. 3. 4. zurück, d. h. es sind in Rücksicht auf beide Beweise gesetzliche Eide zu erkennen, hierbei zunächst die zu §. 1. nr. III. 3. a. b. c. d. u. e. gegebenen Regeln anzuwenden, und je nachdem die Eide beide Parteien, oder nur eine treffen, ist das cumulative, successive, oder alternative Verhältniß nach den Regeln unter II. 1. 2. 3. 4. des §. 3. in dem Erkenntniß zu berücksichtigen [43]).

---

42) S. m. Rechtsf. nr. 125. p. 395.

43) Hat die nämliche Partei zwei Behauptungen zu erweisen gesucht, so kann in Rücksicht auf jede ein gesetzlicher Eid zu erkennen seyn. S. meine Rechtsfälle, nr. 136. pag. 414.

Im Fall endlich nach richterlichem Erachten

III. der Hauptbeweis als vollständig, der indirecte Gegenbeweis hingegen nur als unvollständig geführt vorliegt, und zwar

1) mehr als halb, so wird dem Reproducenten der Erfüllungseid auferlegt —

2) weniger als halb, dem Reproducenten der Reinigungseid [44]).

§. 4.

Colliſion zwiſchen den eigenen Beweismitteln und factiſchen Beweisgründen des nämlichen Haupt- und Gegenbeweiſes.

Es iſt auch möglich, daß

1) die eigenen Beweismittel und Beweisgründe des nämlichen Beweisführers und Beweiſes mit einander in Colliſion treten (z. B. von zwei Zeugen des nämlichen Producenten bejahet der Eine, der Andere verneint); desgleichen

2) daß ein und das nämliche Beweismittel mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſtehe (z. B. der nämliche Zeuge zu verſchiedenen Fragen).

Im erſten Fall hebt, nach den obigen Regeln der Colliſion des directen Gegenbeweiſes mit dem Hauptbeweiſe §. 2. nr. I., das Widerſprüchliche ſich gegenſeitig auf — der eine Zeuge z. B. vernichtet den andern, ſo daß bei einem directen Widerſpruch der Ausſagen zweier einzigen Zeugen, iſt in concreto auch den verneinenden Zeugen Beweiskraft in Anſehung der Perception beizulegen, gar nichts bewieſen iſt. Der perſönliche Werth jedes einzelnen ſolcher Zeugen kann hier weniger in Betracht kommen, weil der Pro-

---

44) Vergl. a. Martin, a. a. O. §. 180. 181. ibi all. Gönner und Danz all. Grolman, in der Theorie des gerichtlichen Verf. im bürg. Rechtsſtreit. §. 203.

ducent jeden als glaubwürdig ſelbſt ernannt hat; aber in den factiſchen Beweisgründen, in der *ratio* scientiae u. dgl., kann doch noch ein Unterſchied liegen, von welchem aus das eine Beweismittel das andere nicht gänzlich entkräftet, ſo daß alſo ein geſetzlicher Eid rechtsnöthig wird [45]).

Im zweiten Fall vernichtet das Beweismittel ſelbſt ſeine eigene Glaubwürdigkeit, inſofern der Widerſpruch mit ſich ſelbſt klar und durch Erklärung nicht zu heben iſt [46]). Inſonderheit läßt ſich hier

3) auch der Fall berühren [47]): wann der Beweisführer nur einen Zeugen ernannte, dieſer aber geradezu gegen ſeinen eigenen Producenten ausſagt [48]). Manche wollen hier, als eine der Ausnahmen, an welchem auch ein einzelner und einziger Zeuge eben ſo voll beweiſe, als zwei, der Regel nach erforderliche, Zeugen, das Princip aufſtellen: „*testis unicus plene probat contra producentem.*“ Nirgends aber haben die Geſetze uns dieſe Ausnahme gegeben, ſondern es iſt vielmehr folgendes den Geſetzen für gemäß zu achten:

a) Wenn ein Zeuge eines Hauptbeweiſes (im metaphyſ. Sinn) wider ſeinen eigenen Producenten ausſagt, ſo muß ihn dieſer freilich für voll gelten laſſen, weil er

---

45) Z. B. die Perception des verneinenden Zeugen ſtehet nicht ganz in den Verhältniſſen, welche zur Beweiskraft eines *testis negans* erfordert werden. Archiv, B. 1. pag. 269. Litt. Note a).

46) Thibaut, a. a. O. §. 1184. Iſt die Ausſage blos vage, dunkel, ſchwankend, ſo iſt dadurch noch nicht alle Beweiskraft aufgehoben. Sie kann andere Beweisgründe ſtützen, oder vermehren, auch resp. einen geſetzlichen Eid, wenigſtens das purgatorium, auch allein begründen.

47) Strenge genommen gehört er nicht hierher.

48) D. h. als nicht wahr, was er als wahr ausſagen ſollte, oder als wahr, was er, nach des Producenten Abſicht, als nicht wahr bekunden ſollte.

ſelbſt jenen Zeugen als einen glaubwürdigen Zeugen ernannte und vorführte [49] — und hatte nun der Beweisführer α) blos dieſen einzigen Zeugen als Beweismittel, ſo iſt ſein Beweis ſchon deshalb gänzlich verfehlt, weil der Zeuge die Wahrheit des Beweisthems nicht beſtätigte [50]. Träte hingegen jener Zeuge β) mit andern, neben ihm vorhandenen, Beweismitteln nur in Colliſion, ſo kann doch, nach den allgemeinen Regeln, ſein Werth, ſein voller Werth, nur dem Werth eines einzeln vollgültigen Zeugen gleich ſtehen, derſelbe alſo auch nur einen vollgültigen Zeugen aufwiegen [51], welcher neben ihm ſtehet, und für den gemeinſchaftlichen Producenten vortheilhaft ausredet. Jener dieſer Partei nachtheilige Zeuge kann alſo nur ſo viel vernichten, als die Beweiskraft eines einzelnen claſſiſchen Zeugen aufbauet; und wären nun der letztern mehrere, ſo bleibt von ihnen immer das für den Producenten ſtehen, was mehr iſt, als die Ausſage eines Zeugen. Sind z. B. zwei vollgültige Zeugen für den Producenten, und einer gegen ihn, ſo ſtreitet noch die Ausſage eines vollgültigen Zeugen für den Producenten, zur Begründung eines geſetzlichen Eides [52]. Eben ſo wenig vermag der einzelne widrige Zeuge den Inhalt einer vollbeweiskräftigen Urkunde ganz zu tilgen, ſondern dieſe Urkunde iſt zweien Zeugen gleich, und immer wirkt ſie noch entweder ein suppletorium, oder purgatorium — nach den Regeln des §. 1. nr. III. abgemeſſen.

---

49) Arg. L. 17. Cod. 4. 20.

50) Actore non probante rel. L. 4. Cod. 2. 1.

51) Nur mit dieſem Werth, nicht mit einem doppelten Werth, producirt ihn der Beweisführer.

52) Auch Gleichheit der ratio scientiae wird vorausgeſetzt, inſonderheit, daß der testis negans nicht als nesciens angeſehen werden müſſe. Denn in dieſem Fall kann er resp. gar keinen Betracht verdienen, resp. nicht einmal einen ſeiner Mitzeugen aufwiegen.

b) Wendet ſich ein Zeuge des eigentlichen, eines directen, Gegenbeweiſes wider ſeinen eigenen Producenten, ſo wächſt deſſen Ausſage dem Hauptbeweisführer zu [53]), allein doch nur als die Ausſage eines einzigen Zeugen — nicht aber als eine doppelte — nicht als Ausſage zweier Zeugen. Die Gründe unter a) ſprechen auch hier [54]). Die Geſetze wiſſen nichts von einer ſolchen, den Producenten treffen ſollenden Strafe.

XXII.

Einige Worte über das Juramentum in litem.

Von demſelben.

Das *juramentum in litem* theilt eine irrige Doctrin:

1) in das juramentum *affectionis*, mit dem Princip: »der dolo oder culpa lata Beſchädigte könne den Werth, Betrag, des erlittenen Schadens nach ſeiner Affection zu der beſchädigten Sache unbeſchränkt über den wahren Werth beſchwören« —

2) in das juramentum *veritatis*, mit dem Grundſatz: »der durch geringere culpa Beſchädigte könne nur den wahren Werth, den Marktpreis, eidlich erhärten.«

Aus den römiſchen Geſetzen ergiebt ſich folgendes:

a) der *dolo* oder *culpa lata* Beſchädigte kann — vor-

53) Meine Anleit. zur juriſt. Praxis. §. 19. S. 63. Not. 19. Die durch die Realproduction der Beweismittel entſtehende Gemeinſchaft ihres Reſultats für beide Parteien, iſt der bekannte Grund.

54) Vergl. a. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen, wider den, der ihn aufführt. §. 23. Neündorff, Erörterungen. nr. I. §. 42.